

N. R.G. 6246/2013



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di ROMA
OTTAVA SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Marco Cirillo
ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile di 1° grado iscritta al n. 6246 del ruolo
generale per gli affari contenziosi dell'anno 2013, ritenuta in
decisione su conclusioni precisate all'udienza del 10/4/17 vertente

T R A

[redacted] S.p.A., in persona del legale rappresentante
pro-tempore, elett. dom. in Roma, Via Aureliana n. 52, presso lo
studio dell'avv. [redacted], rappresentata e difesa sia
congiuntamente che disgiuntamente dagli avv.ti Luca Casagni Lippi e
[redacted] per delega in calce all'atto di citazione;

- ATTRICE -

E

[redacted] S.p.A., in persona del legale
rappresentante pro-tempore, elett. dom. in Roma alla Via S. Tommaso
d'Aquino n. 116 presso lo studio degli avv.ti [redacted] e
[redacted], che sia congiuntamente che disgiuntamente la



rappresentano e difendono per delega in virtù di procura generale alle liti per Notaio [] di Roma del 10/10/11 rep. 169841 racc. 38092;

- CONVENUTA -

OGGETTO: rapporto bancario.

CONCLUSIONI: All'udienza del 10/4/17 i procuratori delle parti concludevano come da verbale.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione notificato il 24/1/13 la [] S.p.A. conveniva davanti al Tribunale di Roma la [] S.p.A. perchè, in relazione al rapporto di conto corrente n. 16024, dichiarata la nullità delle clausole di capitalizzazione degli interessi, di determinazione del tasso di interesse delle c.m.s. e delle spese, fosse condannata a restituire le somme illegittimamente addebitate o riscosse, e perché, in relazione ai contratti IRS OTC CAP STRIKE e PURPLE COLLAR, fosse accertata la nullità o in subordine la risoluzione, e fosse la Banca condannata a restituire tutto quanto percepito in esecuzione dei contratti IRS Swap oltre al risarcimento dei danni.

Assumeva la [] S.p.A. che:

- aveva ricevuto il 7/11/11 intimazione di provvedere all'immediato pagamento della somma di € 20.429,96, quale saldo debitore del rapporto di conto corrente n. 16024, in mancanza del quale la Banca preannunciava di recedere dai contratti IRS OTC CAP



STRIKE e PURPLE COLLAR con obbligo di corrispondere il valore dei due derivati pari a rispettivi € 2.000,00 ed € 37.500,00;

- in realtà aveva intrattenuto il rapporto bancario regolato in conto corrente affetto da clausole nulle in ordine alla capitalizzazione degli interessi, alla determinazione del tasso ultralegale di interesse, delle c.m.s. e delle spese, non avendo mai sottoscritto alcuna pattuizione delle condizioni economiche;

- i soli documenti con valore di contratto ancoravano il tasso di interesse alle condizioni praticate usualmente su "piazza", rinviando per la determinazione delle condizioni ai tassi correnti e alle valute d'uso con pattuizione evidentemente nulla che rimandavano a condizioni arbitrariamente applicate;

- i due contratti Swap IRS OTC CAP STRIKE e PURPLE COLLAR erano stati venduti in spregio alle disposizioni del TUF e ai regolamenti CONSOB, e avrebbero dovuto avere costi in equilibrio finanziario ma in realtà avevano generato nel periodo agosto 2005 gennaio 2011 un flusso negativo per la società pari ad € 42.063,29 a fronte di nessuna delle utilità e finalità di copertura del rischio dell'andamento dei tassi di interesse.

Si costituiva la S.p.A. eccedendo la prescrizione del credito restitutorio anteriormente al decennio precedente, l'applicazione di condizioni di volta in volta indicate negli estratti conto periodici inviati alla cliente e da essa mai contestati così da intendersi approvate a tutti gli effetti di legge,



la regolare stipulazione dei due contratti Swap e la loro "efficienza" in chiave di copertura da rialzi dei tassi con differenziale a credito della Banca dovuto all'applicazione di parametri contrattuali liberamente e consapevolmente pattuiti.

La concludeva per il rigetto delle domande e in riconvenzionale per la condanna della S.p.A. al pagamento della somma di € 69.895,31 quale esposizione debitoria al 31/3/13 sul conto corrente n. 16024.

Disposta ed espletata CTU, la causa era riservata per la decisione.

La domanda è in parte fondata e merita accoglimento per quanto di ragione.

Il conto corrente n. 16024 risulta aperto il 23/12/85 e regolato, fino a nuovo avviso, alle seguenti condizioni: "D'USO", mentre il richiamo alla normativa bancaria uniforme e segnatamente all'art. 7 finisce per regolare i tassi di interesse alle "...condizioni praticate usualmente dalle Aziende di credito sulla piazza...".

Manca, pertanto, una valida pattuizione scritta relativa al saggio ultralegale degli interessi debitori, la cui misura non è indicata nel momento di perfezionamento del contratto, risultando così introdotto nello schema negoziale un parametro evanescente e del tutto inidoneo a soddisfare la esigenza di determinabilità dell'elemento contrattuale in questione, da aver luogo sulla scorta di elementi estrinseci prestabiliti ed oggettivamente individuabili



non lasciati alla mera discrezionalità del creditore (Cass. 4490/02), né la carenza strutturale del negozio di apertura di conto corrente può considerarsi sanata dall'indicazione del tasso applicato effettuata per mezzo della sua precisazione negli estratti conto periodici inviati al correntista, accompagnata dalla omessa contestazione di essi da parte del correntista, alla luce della irrilevanza di qualsiasi sorta di riconoscimento *ex post* da parte del debitore, correlata e consequenziale alla natura costitutiva del vincolo obbligatorio relativo agli interessi al tasso ultralegale della pattuizione scritta che li contempra (Cass. 1287/02). Non si vede, peraltro, come possa esercitarsi lo *ius variandi* di tassi mai inizialmente concordati.

Oltretutto, non può postularsi una preclusione che discenderebbe dagli artt. 1832-1857 cod. civ., atteso che la mancata contestazione degli estratti conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate riguardano gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate, ma non impediscono la formulazione di censure concernenti la validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti (Cass. n. 11626 del 26/5/11).

Pertanto, in difetto di espressa pattuizione delle condizioni di tasso deve considerarsi nullo il rinvio *per relationem* operato dalla clausola di determinazione del tasso, che riferendosi a criteri privi di predeterminazione certa ed oggettiva, è in contrasto con gli artt.



1284 e 1346, già prima che entrasse in vigore l'art. 4 della legge 154/92 sulla cd "trasparenza bancaria", indi trasfuso nel successivo art. 117 sesto comma del D.Lgs 385/93, che ne hanno sancito il divieto.

Dunque, il saldo del conto corrente deve essere corretto commisurando il tasso di interesse a quello sostitutivo ex art. 117 settimo comma del D.Lgs 385/93, in mancanza di pattuizione scritta del tasso convenzionale sugli scoperti, con la conseguenza che la clausola della determinazione del tasso nulla dovrà essere sostituita con i parametri legali.

I tassi sostitutivi ex art. 117 settimo comma del D.Lgs 385/93 sono quelli nominali minimo e massimo dei BOT annuali emessi nei dodici mesi precedenti il trimestre di riferimento rispettivamente per tutte le operazioni attive e passive per la Banca, perché nell'attività bancaria le operazioni passive sono quelle di provvista mentre quelle attive sono quelle di impiego.

Venendo all'anatocismo deve rilevarsi che se pure a partire dal 2000 la Banca ha provveduto ad applicare la medesima periodicità nel conteggio sia degli interessi a debito che a credito, merita accoglimento l'eccezione di S.p.A. di nullità della clausola di capitalizzazione anatocistica trimestrale degli interessi.

Invero, il giudicante condivide l'orientamento espresso da Cass. 12507/99 (ribadito da Cass. 6263/01, Cass. 4490/02 e oggi sancito da



Cass. SS. UU 21095/04), per il quale deve reputarsi nulla la clausola di un contratto bancario che preveda la capitalizzazione trimestrale degli interessi a favore della Banca, in quanto si basa su un uso negoziale (ex art. 1340 c.c.) e non su un uso normativo (ex art. 1 e 8 delle preleggi al c.c.) e come tale, quindi, non è suscettibile di derogare alle condizioni previste dall'art. 1283 c.c. per l'anatocismo.

Peraltro, le Sezioni Unite della Cassazione, con la recente sentenza n. 24418 del 2/12/2010, hanno altresì precisato che, in presenza di nullità delle clausole, come qui dichiarate, la capitalizzazione non è giustificata dalla sopravvenuta reciprocità dei periodi di contabilizzazione a debito e a credito, pure decorrente dalla delibera del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR) del 9/2/00, destinata a regolare solo i nuovi rapporti ma non già quelli preesistenti, tra cui devono includersi quelli per cui è causa, già affetti da nullità relativa.

Ciò significa anche che l'eventuale commissione del servizio bancario per finanziamenti all'importazione, al pari dell'interesse, in quanto conteggiata trimestralmente sulla base di clausola nulla deve essere contabilizzata senza capitalizzazione.

Quanto al periodo del rapporto bancario da dover riconteggiare alla luce della eccezione di prescrizione decennale del diritto alla ripetizione delle somme formulata dalla Banca, deve osservarsi che già la Cassazione, con la sentenza n. 2262 del 9/4/1984 ha chiarito



che il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute indebitamente dalla Banca decorre dalla chiusura definitiva del rapporto (nella specie intervenuta il 12/4/13), trattandosi di contratto che da luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicchè solo con il conto finale si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti contrattuali. Peraltro, le Sezioni Unite della Cassazione, con la recente sentenza n. 24418 del 2/12/2010, hanno altresì precisato che, in presenza di nullità delle clausole, come qui dichiarate, la ripetizione di rimesse ripristinatorie della provvista concessa con l'apertura di credito regolata in conto corrente, si prescrive in dieci dalla data di chiusura del conto, ma riguarda evidentemente l'intero rapporto, mentre per le rimesse solutorie effettuate a rientro di eventuale scoperto eccedente la soglia dell'accreditamento ovvero da rimesse effettuate su conto diverso da quello che regolava l'apertura di credito, la prescrizione decorre dalla data di effettuazione del singolo versamento (annotazione). Nella specie, in particolare, sarebbero prescritte le sole rimesse solutorie anteriori al 23/1/03 e cioè ultradecennali rispetto alla interruzione della prescrizione come sopra indicata, tuttavia il CTU dott. non ha riscontrato rimesse solutorie prescritte.

Deve pure detrarsi l'incidenza delle commissioni di massimo scoperto calcolate secondo le percentuali applicate dalla Banca.



Invero, nel riconteggio del complessivo saldo le commissioni di massimo scoperto sul conto corrente devono essere eliminate, in quanto non risultano previste. Esse, pertanto, sono state illegittimamente addebitate dalla Banca, in quanto unilateralmente applicate in assenza di qualunque pattuizione scritta, risultando indifferente che essa vengano qualificate come una componente degli interessi passivi o che vengano ritenute un corrispettivo dovuto dal correntista alla Banca per avere a disposizione una somma convenuta.

Seguendo siffatti principi, il CTU dott. [] ha incensurabilmente ricostruito l'andamento del rapporto riconteggiando i saldi ai tassi nominali minimi o massimi dei BOT pagati nei dodici mesi antecedenti, menzionati dal settimo comma dell'art. 117 sesto comma del D.Lgs 385/93, al posto di quelli applicati dalla Banca sulle operazioni rispettivamente passive e attive per la stessa Banca. Il CTU dott. [] ha altresì depurato i rapporti della capitalizzazione degli interessi, e sul montante costituito dalla sorte in linea capitale, dagli interessi senza capitalizzazione, nonché delle CMS, ed ha conteggiato il dovuto col sistema della capitalizzazione semplice e senza CMS, pervenendo alla conclusione che il complessivo saldo è a credito della Alberghiera Sole S.p.A. per € 164.187,42.

Dei due conteggi proposti in alternativa dal CTU dott. [] [] va prescelto quello che considera il "saldo zero" alla data del 1/12/02, anziché il saldo a debito di € 110.110,92, in difetto di



prova delle movimentazioni anteriori, non avendo la Banca, nei cui confronti è stato pure ordinata la produzione degli estratti conto relativi all'intera durata del rapporto, provato la formazione di siffatto saldo, avendone oltretutto l'onere per aver proposto in riconvenzionale la condanna della [] S.p.A. al pagamento della somma di € 69.895,31 quale esposizione debitoria al 31/3/13.

In conclusione, in relazione al rapporto di conto corrente n. 16024, dichiarata la nullità parziale della clausola di pattuizione dell'interesse, di capitalizzazione degli interessi e delle CMS, la [] S.p.A. deve essere condannata alla restituzione, in favore di [] S.p.A. della somma di € 164.187,42 oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo.

Le domande relative ai contratti IRS OTC CAP STRIKE e PURPLE COLLAR sono infondate e vanno rigettate.

Il contratto IRS (interest rate swap) CAPSPRED n. 3065972 del 16/7/2004 su nozionali € 900.000,00 è stato concluso per coprire l'attrice dal rischio di rialzo dei tassi di interesse relativi al contratto di finanziamento (condizionato) di € 900.000,00 stipulato con [] nella stessa data del 16/7/2004 a rogito Notaio [] [] di Palermo rep. 81972, racc. 19333 deestinato al "reintegro del circolante a seguito dei lavori di ristrutturazione del [] in Palermo", della durata di dieci anni e al tasso di interesse variabile pari all'EURIBOR a 6 mesi, maggiorato di



0,25 punti e di uno spread di 1,35 punti annui a favore della Banca (ISC 3,97 %). In cambio del pagamento di un premio annuo dello 0,40 %, l'attrice si assicurava la copertura da rialzi dell'EURIBOR a 6 mesi superiori al 4,25 % (copertura totale tra 4,25 % e 5 %, abbattimento di 0,75 % per rialzi superiori al 5 %). In esecuzione di detto contratto IRS si sono determinati nel periodo contrattuale i differenziali in dare e/o in avere tra le parti che hanno generato un complessivo saldo attivo per la Banca di € 14.057,57, attestati dall'estratto conto in atti. La Banca ha chiesto di ripianare il saldo contabile debitore di € 20.429,96 sul c/c 16024, e quindi ha provveduto ad estinguere anticipatamente il contratto IRS sulla base del mark to market vigente, addebitando in data 24/11/2011 il c/c 16024 dell'importo di € 2.000,00.

Il contratto IRS (interest rate swap) PURPLE COLLAR n. 3049005 del 6/9/2005 su nozionali € 1.000.000,00, con relativo contratto quadro e dichiarazione di "operatore qualificato" è stato concluso con la specifica finalità di coprire la società attrice dal rischio di rialzo dei tassi di interesse relativi al contratto di finanziamento (condizionato) di € 1.000.000,00 stipulato con BNL in data 26/7/2005 a rogito Notaio di Palermo rep. 85913, racc. 20445, destinato al "sostegno finanziario per il completamento dei lavori di ristrutturazione della terrazza del di Palermo", della durata di quindici anni e al tasso di interesse variabile pari all'EURIBOR a 6 mesi, maggiorato di 0,25 punti e di



uno spread di 1,65 punti annui a favore della Banca (ISC 4,17 %). Il contratto IRS consente alla cliente di assicurarsi la copertura illimitata da rialzi dell'EURIBOR a 6 mesi superiori al 5,20 %, mentre nel caso in cui l'EURIBOR 6 mesi scenda sotto la soglia floor dell' 1,82 %, la società è tenuta al pagamento di un tasso penalty del 3,82 %. Non è previsto nessun premio annuo per la copertura. In relazione al suddetto contratto IRS si sono determinati nel periodo contrattuale i differenziali in dare e/o in avere tra le parti che hanno generato un complessivo saldo attivo per la Banca di € 74.377,70, come risulta dall'estratto conto. La BNL ha invitato la società attrice a ripianare il saldo contabile debitore di € 20.429,96 sul c/c 16024, e quindi ha provveduto ad estinguere anticipatamente il contratto IRS sulla base del mark to market vigente, addebitando in data 24/11/2011 il c/c 16024 dell'importo di € 36.000,00.

I contratti non sono nulli per difetto di forma scritta in violazione dell'art. 23 del TUF perché risultano stipulati per iscritto.

Più segnatamente, il contratto IRS CAPSPRED del 16/7/2004 è stato regolarmente concluso per iscritto e contiene all'art. 16 la seguente: *"Dichiarazione del cliente. Il Cliente dichiara che la presente operazione è disposta ai fini di copertura ai sensi e per gli effetti dell'art. 28 co. 3 del Regolamento CONSOB n° 11522/1998 e successive modifiche ed integrazioni. Il Cliente dichiara altresì di*



possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari derivati ai sensi e per gli effetti dell'art. 31 del Regolamento CONSOB citato". La clausola risulta anche approvata specificamente per iscritto ex art. 1341 c.c.

Il contratto IRS PURPLE COLLAR del 6/9/2005 risulta anch'esso stipulato per iscritto ed è corredato dal "contratto quadro per operazioni su strumenti finanziari derivati" e della "dichiarazione di operatore qualificato".

Entrambi i contratti IRS sono, quindi, corredati della documentazione necessaria all'epoca della stipula.

I due contratti IRS sono stati stipulati prima dell'entrata in vigore della normativa MIFID del 1/11/2007, che pertanto deve ritenersi inapplicabile ai rapporti finanziari in esame, specie con riferimento al corredo documentale in essa previsto.

Non vale neppure obiettare che i contratti non avrebbero assolto ad una valida funzione di copertura dalla variazione dei tassi mostrando una loro inidoneità o inefficienza.

In esecuzione del contratto IRS (interest rate swap) CAPSPRED n. 3065972 del 16/7/2004 si sono determinati nel periodo contrattuale i differenziali in dare e/o in avere tra le parti che hanno generato un complessivo saldo attivo per la Banca di € 14.057,57, attestati dall'estratto conto in atti. Il saldo attivo per la Banca è determinato dal fatto che nel periodo contrattuale l'EURIBOR 6 mesi è stato sempre inferiore al 4,25 %, fatta eccezione per la seconda metà



dell'anno 2007 e per l'anno 2008: nei suddetti periodi il differenziale è favorevole alla società attrice, nel resto del periodo contrattuale il differenziale è favorevole alla Banca in quanto l'attrice ha dovuto corrispondere il premio annuo contrattuale dello 0,40 %. Ove invece l'EURIBOR 6 mesi avesse superato il 4,25 %, la società attrice avrebbe beneficiato di una copertura totale dalla variazione per un EURIBOR compreso tra il 4,25 % e il 5 % e di un abbattimento dello 0,75 % per rialzi superiori al 5 %.

La Banca ha chiesto di ripianare il saldo contabile debitore di € 20.429,96 sul c/c 16024, e quindi ha provveduto ad estinguere anticipatamente il contratto IRS sulla base del mark to market vigente, addebitando in data 24/11/2011 il c/c 16024 dell'importo di € 2.000,00 dovuto all'applicazione dei parametri contrattualmente pattuiti in relazione alla riscontrata variazione dell'EURIBOR 6 mesi.

Benchè il CTU abbia ritenuto che *"il contratto CAPSPREAD del 16/7/2004 non è un valido strumento di copertura dalle variazioni dei tassi di riferimento in quanto è strutturato in modo da offrire una mitigazione ovvero un risparmio al massimo dello 0,75% del tasso variabile di riferimento"*, la copertura dalla variazione del tasso, per quanto limitata, non è smentita e soprattutto è conforme alle pattuizioni liberamente e volontariamente accettate.

In esecuzione del contratto IRS PURPLE COLLAR del 6/9/2005, nel periodo contrattuale in relazione all'andamento dell'EURIBOR a 6



mesi, si sono generati i differenziali in dare e/o in avere tra le parti per un complessivo saldo attivo per la Banca di € 74.377,70. Il saldo attivo per la Banca è determinato dall'andamento dell'EURIBOR 6 mesi nel periodo contrattuale: infatti, nel periodo 31/1/2006 - 31/7/2009 in cui l'EURIBOR 6 mesi si è mantenuto al di sopra della soglia floor dell' 1,82 % non si è determinato alcun differenziale a debito della società; quando invece, a partire dalla seconda metà dell'anno 2009 l'EURIBOR è sceso al disotto della soglia floor dell' 1,82 % alla società attrice sono stati addebitati i differenziali generati dal tasso contrattuale penalty del 3,82 %. Ove il tasso EURIBOR 6 mesi si fosse mantenuto al di sopra della soglia floor dell' 1,82 % anche nel secondo periodo contrattuale, l'attrice sarebbe stata coperta dal rischio del rialzo del tasso d'interesse a costo zero, come verificatosi nel primo periodo. Peraltro, nel presente contratto IRS del 6/9/2005 non è previsto neppure la corresponsione del premio annuale dello 0,40 % previsto nel contratto IRS del 16/7/2004. Il differenziale di € 36.000,00 dovuto dalla società attrice in relazione all'operazione di estinzione del contratto IRS è stato addebitato sul c/c ordinario n° 16024 in data 24/11/2011.

Anche il CTU riconosce che *"il contratto PURPLE COLLAR del 6/9/2005 è un valido strumento di copertura dalle variazioni dei tassi di riferimento in quanto è strutturato ... in modo tale da*



offrire protezione oltre il 5,20% del tasso variabile di riferimento".

Dunque, anche per questo contratto non può parlarsi di inidoneità o inefficienza. Il differenziale finale a debito per l'attrice è dovuto semplicemente all'applicazione dei parametri contrattuali in relazione alla riscontrata variazione dell'EURIBOR 6 mesi, anch'essi liberamente e volontariamente accettati.

In proposito, deve negarsi che l'attrice sia stata indotta a stipulare i contratti a copertura delle variazioni di tasso, o che essi sarebbero stati accettati in mancanza delle necessarie informazioni sugli strumenti finanziari proposti, in relazione agli artt. 21, 22 e 23 del TUF, degli artt. 26 -31 del relativo Regolamento CONSOB di attuazione.

Invero, l'attrice non fornisce evidenze di tanto, né può accreditarsi come priva di esperienza e competenza nel settore, trattandosi di società proprietaria del [REDACTED], uno storico hotel a quattro stelle con 113 camere, ristorante e bar, risalente all'inizio del '900 e totalmente ristrutturato, situato nel centro di Palermo e facente parte del noto gruppo alberghiero [REDACTED] Hotels (al quale fanno capo altri hotels in Palermo e a Taormina).

E' stata detta società e chiedere e ottenere dalla [REDACTED] finanziamenti per complessivi € 1.900.000,00 per la ristrutturazione dell'Albergo e proprio in relazione a tali operazioni di



finanziamento a tasso variabile ha inteso coprirsi contro i rischi del rialzo dei tassi d'interesse.

La modulistica contrattuale sottoscritta dal legale rappresentante della società (contratti di IRS, conferma, contratto quadro e dichiarazione di operatore qualificato), utilizzata dalla Banca, consente di affermare e dimostrare che [] ha fornito tutte le informazioni di legge relative ai contratti stipulati (formati da dettagliate clausole contrattuali, parametri di riferimento e funzionamento dei contratti), acquisendo tutte le informazioni necessarie in ordine al profilo di rischio del cliente (v. dichiarazione di operatore qualificato) dalla quale risulta che la società *"ha già effettuato ed effettua in maniera ricorrente operazioni d'investimento in strumenti finanziari ed ha pertanto una specifica competenza ed esperienza in materia di strumenti finanziari"*.

Nello stesso periodo in cui ha sottoscritto i contratti IRS con BNL, e cioè negli anni 2006-2007, l'attrice ha sottoscritto altri tre contratti IRS con altre banche [] [], come accertato dallo stesso CTU a copertura del rischio di variazione del tasso di interesse in relazione ad altrettanti finanziamenti di importi ben maggiori rispetto a quelli erogati da [], con ciò dimostrando di essere utilizzatore abituale dei suddetti strumenti finanziari derivati.



La circostanza che il management della società non fosse in condizioni di valutare i meccanismi di funzionamento dei contratti IRS che andava a stipulare è indimostrata e comunque inverosimile, tanto più che l'operazione non è isolata, ma costituita da due contratti IRS conclusi a distanza di oltre un anno l'uno dall'altro, sui quali peraltro la società attrice non ha mai sollevato eccezioni, se non nel periodo in cui il tasso EURIBOR 6 mesi è sceso al disotto della soglia floor dell' 1,82 % e ciò, con riferimento al contratto IRS del 6/9/2005, ha comportato l'applicazione del tasso penalty del 3,82 %.

In altri termini, l'attrice nulla ha eccepito fin tanto che l'andamento del tasso EURIBOR 6 mesi non comportava esborsi finanziari rilevanti (premio annuo dello 0,40 % nel contratto IRS CAPSPRED del 16/7/2004) o non ne comportava affatto (nel contratto IRS PURPLE COLLAR del 6/9/2005), e ha invece avuto un ripensamento quando l'andamento di detto tasso è diventato per sé sfavorevole, a riprova che fosse ben consapevole degli impegni assunti e del meccanismo di funzionamento dei contratti finanziari in questione.

Oltretutto lo stesso CTU afferma che *"l'ammontare del capitale nozionale dei derivati di cui è causa risulta allineato al sottostante indebitamento verso il sistema bancario oggetto di copertura del rischio di variazione dei tassi d'interesse e dunque non sussiste sovradimensionamento della copertura in strumenti derivati"* (v. CTU, pag. 59), sicchè gli esborsi da parte della



società attrice costituiscono costi fisiologicamente connessi e astrattamente prevedibili all'operazione consapevolmente e volontariamente negoziata.

Va pure escluso che la Banca abbia operato in posizione di conflitto di interessi e avrebbe addebitato commissioni e costi impliciti in precedenza occultati.

Invero, i differenziali scaturiti dal funzionamento dei contratti IRS sono stati determinati dall'andamento dell'EURIBOR 6 mesi, non influenzabile dalla Banca, e dall'applicazione dei parametri liberamente convenuti, non sussistendo margini per postulare una contrattazione o una esecuzione contrattuale in conflitto di interessi, mentre tutte le commissioni e i costi corrispondono a quelle pattuite nei contratti.

Del resto, l'alea di rischio dei suddetti contratti è insita nel tipo di operazione nel senso che il mancato verificarsi dell'evento ha determinato l'emersione del costo, che altro non è che l'applicazione dei parametri contrattuali conseguenti alla variazione del tasso.

Non ha pregio neppure dubitare della violazione di regole di comportamento ed informativa di cui agli artt. 26, 27, 28 e 29 del Regolamento Intermediari Consob che invaliderebbero i contratti o li renderebbero risolvibili.

Invero, le clausole contrattuali sono puntuali e dettagliate, e il meccanismo di funzionamento dei contratti IRS è esplicitato nei



contratti e nei relativi allegati, con precisa indicazione e descrizione dei parametri da considerare ai fini del calcolo dei differenziali. Peraltro, nella "dichiarazione di operatore qualificato" l'attrice riconosce espressamente che "la presente dichiarazione comporta la disapplicazione degli artt. 27, 28, 28, 30, 32 etc." del Regolamento CONSOB richiamati da controparte", che pertanto devono comunque ritenersi inapplicabili ai rapporti bancari in questione, senza contare che lo stesso CTU dà atto che "è presente in atti la copia delle dichiarazioni del legale rappresentante P.T. (di) di possedere una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari e che in base all'art. 31 del Regolamento CONSOB n. 11552 del 1998, attuativo del TUF in materia di intermediari, tale autocertificazione di "operatore qualificato" fa discendere per il soggetto intermediario l'innegabile vantaggio di poter evitare di soggiacere agli importanti obblighi di comportamento di cui agli artt. 27, 28, 29 e 30, comma 1 del citato Regolamento" (v. CTU, pag. 79 e 80).

Non è invece applicabile ai contratti in esame *ratione temporis* il successivo Regolamento CONSOB del 2007, essendo essi stati stipulati in precedenza negli anni 2004 e 2005.

Non è neppure predicabile l'errore sulle caratteristiche essenziali che genererebbe annullabilità dei contratti, perché lo scopo dei contratti IRS è quello di garantirsi contro il rischio del



rialzo dei tassi d'interesse, con riferimento a rilevanti operazioni di finanziamento

a tasso variabile. Le caratteristiche dei contratti sono assolutamente note alla società che li ha stipulati con il preciso scopo di ridurre i costi di un eventuale rialzo del tasso EURIBOR 6 mesi. L'errore essenziale sulle caratteristiche dei contratti è del tutto indimostrato ed inverosimile.

L'accoglimento parziale della domanda indica soccombenza reciproca, in coerenza con i più recenti insegnamenti giurisprudenziali (Cass. n. 3438/16), fondati sul principio di causalità degli oneri processuali, che comporta la possibile compensazione totale o parziale di essi (art. 92, comma 2, c.p.c.), giustificandosi nella specie la compensazione integrale di tutte le spese di causa.

Le spese di CTU devono essere poste a carico di entrambe le parti pro quota e solidalmente verso il CTU.

P.T.M.

Il Tribunale così definitivamente provvede:

- in relazione al rapporto di conto corrente n. 16024, dichiara la nullità parziale delle clausole di determinazione degli interessi, di capitalizzazione degli interessi e delle CMS srl, dei rapporti bancari intrattenuti dalla [] S.p.A. con la [] [] S.p.A., e, per l'effetto, condanna la [] [] S.p.A. alla restituzione, in favore di



[redacted] S.p.A., della somma di € 164.187,42, oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo;

- in relazione ai contratti IRS OTC CAP STRIKE e PURPLE COLLAR, rigetta ogni domanda;

- compensa integralmente le spese tra le parti in lite;

- pone a carico di entrambe le parti pro quota e solidalmente verso il CTU il pagamento delle spese e competenze della disposta CTU, provvisoriamente liquidate con provvedimento del 22/6/15, con obbligo di rimborso, in favore della [redacted] S.p.A., di quanto da quest'ultima eventualmente anticipato in eccedenza rispetto alla presente liquidazione definitiva.

Così deciso in Roma il 12/7/17.

Il Giudice

Marco Cirillo

